

N. 05157/2011REG.PROV.COLL.

N. 09401/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9401 del 2010, proposto dalla società Autovie Venete S.p.A., rappresentato e difeso dagli avvocati Roberto Adamo, Caterina Belletti e Lorenzo Presot, con domicilio eletto presso il primo in Roma, viale Mazzini 117;

contro

Controinteressata Italia Spa in proprio e quale Mandataria della Costituenda Ati-Controinteressata 2 Consulting Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Renato Fusco, con domicilio eletto presso la Segreteria della VI sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro 13;

nei confronti di

Controinteressata 3 Sistemi Srl;

per la riforma della sentenza del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA – TRIESTE, SEZIONE I, n. 00355/2010, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE GARA PER LA REALIZZAZIONE DI UN SISTEMA INFORMATICO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Controinteressata Italia Spa in proprio e quale Mandataria della Costituenda Ati-Controinteressata 2 Consulting Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2011 il Cons. Gabriella De Michele e uditi per le parti gli avvocati Adamo, Presot e Fusco;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Attraverso l'atto di appello in esame, notificato il 28.10.2010 e depositato il 12.11.2010, la società Autovie Venete s.p.a. impugnava la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, Trieste, n. 355/2010 del 27.5.2010 (che non risulta notificata), con la quale veniva accolto il ricorso proposto dalle società Controinteressata Italia s.p.a. e Controinteressata 2 Consulting s.r.l. avverso l'aggiudicazione, a favore della società Controinteressata 3 Sistemi s.r.l. di una gara, indetta per l'affidamento in cottimo fiduciario della realizzazione del sistema DataWareHouse dedicato alle attività di "Budgeting, Controlling e Reporting" (ovvero all'individuazione di uno strumento software, per omogeneizzare e raccogliere in unico ambiente tutti i dati aziendali ritenuti rilevanti per l'alimentazione del modello).

Alla gara erano invitate 7 ditte (4 soltanto delle quali partecipanti), che avrebbero dovuto presentare – oltre alla valutazione tecnica richiesta dal capitolato – anche una scheda di autovalutazione, contenente i 55 requisiti tecnico-funzionali (denominati ITEM) richiesti al futuro sistema, predisposti a valore zero.

La questione contestata concerne una fase di analisi comparativa delle due offerte rimaste in campo (dopo l'esclusione delle due restanti, una per carenza dei requisiti dell'impresa e un'altra per inidoneità del prodotto offerto): tale fase si era resa necessaria, avendo le imprese restate in gara offerto prodotti uguali, forniti dal medesimo soggetto Oracle, produttore della piattaforma software Oracle Hyperion, di modo che la Commissione incaricata riteneva di poter individuare la migliore offerta solo esaminando le soluzioni di dettaglio, ovvero le modalità di organizzazione dei dati e di mappatura nel software dei processi (operazione, quella appena indicata, definita dalla stessa Commissione come di passaggio dal "Software selection" a "Solution selection").

Nella sentenza appellata si respingevano le argomentazioni difensive, riferite ad atipicità della procedura, in quanto – in presenza di due sole offerte, coincidenti nel "prodotto base" – la comparazione non avrebbe potuto che riguardare le utilità ulteriori, o accessorie, senza che mancasse il confronto, essendo prevista una fase di dimostrazione tecnica (DEMO), in contraddittorio fra l'offerente e la Commissione.

Non vi sarebbe stata, inoltre, modifica successiva dei punteggi, ma solo espressione posticipata di giudizi, in un primo tempo non resi e formulati dopo l'avvenuta conoscenza in dettaglio dell'offerta dell'altro concorrente.

Sotto quest'ultimo profilo, tuttavia, il Giudice di primo grado ravvisava "un'evidente violazione dei principi generali in tema di gare", dovendo ritenersi contraria alle regole l'attribuzione di punteggi parziali, con valutazione di alcuni elementi solo una volta conosciuta l'offerta concorrente. In tale situazione, l'intera procedura di gara avrebbe dovuto essere ripetuta, ma – essendo la causa giunta in decisione a fornitura già eseguita – veniva individuata come unica soluzione perseguibile quella risarcitoria, fissata in misura pari alla metà degli utili, che l'impresa vincitrice della gara avrebbe ragionevolmente percepito (misura corrispondente, in pratica, al 5% del prezzo oggetto di offerta da parte della ricorrente).

In sede di appello, le conclusioni sopra sintetizzate venivano contestate, sulla base dei parametri indicati dall'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006, dovendo ammettersi la massima discrezionalità operativa e valutativa della Commissione, nel rispetto dei principi di par condicio dei concorrenti e di trasparenza procedurale. In tale contesto non potrebbe ritenersi viziato un "confronto a coppie", implicante esame incrociato delle offerte delle singole imprese, con punteggi assegnati appunto con procedura di confronto concorrenziale tra le imprese partecipanti.

Nel caso di specie, essendo le offerte tecniche identiche, si sarebbero rese necessarie integrazioni e chiarificazioni, sia in sede di dimostrazione DEMO SW, sia in via successiva, con necessaria sospensione del giudizio su alcuni parametri delle offerte stesse e assegnazione di punteggio solo

in presenza di tutti gli elementi utili per la valutazione da effettuare, previo apprezzamento delle eventuali differenze, circa l'adattamento del software alle esigenze gestionali dell'appaltante. Fermo restando, dunque, il divieto di procedere all'apertura delle offerte economiche prima di avere completato la disamina di quelle tecniche, non avrebbe potuto non essere riconosciuta all'Amministrazione facoltà di scelta dei criteri da applicare per l'assegnazione dei punteggi: criteri sindacabili solo in caso di manifesta irrazionalità.

Veniva ribadito dall'attuale appellata, tuttavia, come dai verbali risultasse un giudizio più favorevole per l'originaria ricorrente, con successivo immotivato incremento di punteggio per alcuni item della controinteressata.

Vi sarebbero stati quindi, secondo la parte resistente nella presente fase di giudizio, un primo esame delle schede con assegnazione di punteggi ("0" per alcune voci, senza alcuna precisazione sul fatto che si trattasse di "giudizio sospeso", come in seguito sostenuto) e poi ulteriore inammissibile valutazione delle schede stesse, dopo il confronto in contraddittorio, con innalzamento del punteggio assegnato ad Controinteressata 3 Sistemi srl e rovesciamento del giudizio previamente espresso.

Premesso quanto sopra, il Collegio ritiene che l'appello non sia meritevole di accoglimento.

La peculiare situazione, verificatasi nel caso di specie, non poteva sottrarre infatti la procedura di cui trattasi alle regole ordinarie, tracciate dall'art. 83 del Codice degli Appalti (D.Lgs. 12.4.2006, n. 163) e dal bando di gara.

Deve essere ricordato al riguardo come per il sistema di scelta, riferito all'offerta economicamente più vantaggiosa, il citato codice degli appalti riduca fortemente la discrezionalità della Commissione aggiudicatrice nella specificazione dei criteri, escludendo ogni facoltà della medesima di integrare il bando, in quanto dovrebbe essere quest'ultimo a prevedere e specificare eventuali sotto-criteri di valutazione; può invece ritenersi ammesso che la medesima Commissione fissi la metodologia di attribuzione dei punteggi, per rendere più trasparente il proprio apprezzamento, a garanzia della par condicio dei concorrenti; la mancata fissazione dei criteri motivazionali, d'altra parte, non inficia l'operato della medesima Commissione, ove quest'ultima fornisca comunque un'argomentata motivazione circa i giudizi formulati (cfr. in tal senso, per il principio, Cons. St., sez. V, 8.9.2008, n. 4271, 11.5.2010, n. 2826, 13.7.2010, n. 4502, 1.10.2010, n. 7256, 28.2.2011, n. 1255; Cons. St., sez. VI, 28.1.2009, n. 489).

Nel caso di specie – in presenza di offerte basate sulla stessa piattaforma software – i criteri di scelta, riferiti alla qualità dell'offerta tecnica, non potevano che riguardare le differenti soluzioni applicative, con cui i concorrenti si fossero dimostrati in grado di adattare il prodotto alle esigenze dell'azienda appaltante: trattandosi pur sempre di valutare fattori qualitativi, da considerare parte integrante dell'offerta tecnica, tuttavia, non sono chiare le ragioni per cui sia stato ritenuto di poter procedere, in via straordinaria, ad una fase che appare discrezionalmente gestita dalla Commissione aggiudicatrice.

Quest'ultima avrebbe dovuto attenersi viceversa, per quanto possibile, ai parametri di qualità predeterminati nel bando, precisando quali di tali parametri dovessero ritenersi assorbiti per identità delle offerte e quali fossero, eventualmente, rimessi alla sessione di "demo SW", con assegnazione dei punteggi previsti al termine di ciascuna operazione e senza rimediazioni successive, la cui necessità e le cui modalità di svolgimento non risultassero previamente stabilite.

Ove fosse stata ravvisata l'inutilizzabilità di tutti i parametri prefissati, in presenza di offerte-base uguali, l'unica soluzione corretta sarebbe stata infatti la reiterazione della gara, in nessun modo potendosi ammettere che l'assegnazione di punteggio ai singoli ITEM identificati dal bando fosse operata con scelte "a formazione progressiva" della Commissione aggiudicatrice, per quanto

riguarda gli elementi di valutazione da ritenere, come si legge nell'appello, "necessari in funzione della complessità dell'appalto da assegnare".

A norma del ricordato art. 83 D.Lgs. n. 163/06, pertanto, le decisioni della predetta Commissione appaiono illegittime in quanto – tenuto conto dei principi interpretativi in precedenza esposti – risultano seguiti criteri almeno in parte non definiti nel bando di gara, con conseguente possibile sussistenza di elementi che, se fossero stati noti, come previsto, prima della redazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la preparazione delle stesse (cfr. anche, a quest'ultimo riguardo, Cons. St., sez. V, 13.7.2010, n. 4502).

Forti elementi di contraddittorietà, inoltre, sono desumibili dal raffronto fra i verbali del 16 e del 29 luglio 2009, emergendo da quest'ultimo una maggiorazione di punteggio finale, che ha determinato l'aggiudicazione della gara alla società Controinteressata 3 Sistemi s.r.l., mentre nel primo, al punto 4.3.4, enunciato come "giudizio tecnico finale", si afferma testualmente che "per quanto riguarda gli aspetti tecnici analizzati puntualmente e la Demo SW predisposta e proposta.... Controinteressata è risultata superiore alla concorrente"; quanto sopra, con riferimento alla demo (definita "ben contestualizzata"), all'effettività dell'analisi di fattibilità ed alla comprensione "fino in fondo" (unica fra le imprese partecipanti) del "requisito relativo agli IDS", in rapporto ai quali sarebbe stata fornita "soluzione concreta e coprente per l'integrazione del DWH con Archi Flow, da cui una maggiore valutazione per quegli ITEM relativi a tale aspetto"; l'offerta di Controinteressata 3sistemi, invece, sarebbe stata superiore per i servizi di assistenza e manutenzione, con un punteggio complessivo comunque inferiore.

Rimangono sostanzialmente oscure le ragioni per cui – con motivazione tecnica sintetica, ma senza alcuna spiegazione di ordine procedurale – il punteggio di Controinteressata 3sistemi sia stato in seguito maggiorato, con conclusivo superamento di quello assegnato a Controinteressata: la spiegazione secondo cui per una delle "voci valutative" vi sarebbe stato un "giudizio sospeso" – e non un giudizio negativo – resta priva di qualsiasi riscontro, non essendo stata tale sospensione di giudizio previamente enunciata; sembra appena il caso di sottolineare, invece, come la rivalutazione del punteggio di un concorrente, dopo la formalizzazione di un giudizio più favorevole per altro partecipante alla gara configuri una tipica fattispecie di violazione della par condicio, mirando appunto ad escludere tale situazione la predeterminazione di criteri oggettivi di comparazione delle offerte.

Per le ragioni esposte, in conclusione, il Collegio ritiene che l'appello debba essere respinto, con conseguente conferma della sentenza di primo grado anche per quanto riguarda le statuizioni risarcitorie, che non sono state rese oggetto di puntuali contestazioni; quanto alle spese giudiziali, tuttavia, il Collegio stesso ne ritiene equa la compensazione, tenuto conto della complessità delle valutazioni da effettuare, nell'ambito della procedura di gara contestata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando, respinge l'appello; compensa le spese giudiziali.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Coraggio, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA II 15/09/2011 IL SEGRETARIO